




11

ALEGACION JVRIDICA

A FAVOR DE LOS HIJOS, Y HEREDEROS DE

DON ANDRES DE SILVA,

EN LOS AUTOS

CON EL CONVENTO DE RELIGIOSAS DE

S.R S. LEANDRO

DE ESTA CIVDAD,

Y EL FISCAL

DEL TRIBVNAL DE LA SANTA CRVZADA,

SOBRE

LA SVCCESSION DE LOS BIENES LIBRES, QVE FVERON DEL VINCVLO TEMPORAL, QVE FVNDO

DON FRANCISCO CAMPI DE CODINA.

1.

N VEINTE Y CINCO DE JVNIO del año pasado de 1647. otorgò su testamento Don Francisco Campi de Codina, Cavallero, que fue, del Orden de Santiago, en virtud de licencia, que para ello tuvo de Doña Maria Pares y Codina su Madre, en el qual fundò vn Vinculo en la conformidad, que se contiene en las clausulas siguientes.

2. *Item, es mi voluntad, que si despues de satisfecho el funeral, Missas, y limosnas, hasta esta clausula repetidas, montàre mi hazienda sobre 20U- ducados, de los 10U- de ellos se compren rayzes, ò tributos de buena calidad, que rindan 500. ducados de renta en cada vn año dentro desta Ciudad, y se forme vn Vinculo temporal en la conformidad, que serà declarado; empero si valieren mis bienes mayor cantidad, quiero, y es mi voluntad, que se acreciente dicho Vinculo hasta en la mitad de la cantidad, que montàre; y sino llegàren à los 20U- ducados, tambien quiero, que se vinculen 10U- de ellos, y lo mismo se haga, aunque mis bienes por algun accidente no llegassen à mas de 10U-ducados; pero si baxassen de 9U- no se harà el Vinculo, y en este caso se los mando todos à mi hermana Doña Ana Maria Campi por bienes libres, con cargo de vivir en compañia de mi Madre, para que con la hazienda de ambas puedan amparar à los demàs hermanos, y sobrinos pobres.*

3. *Y suponiendo, que aya al tiempo de mi fallecimiento los dichos 20U- ducados, como oy los ay en mayor cantidad de 30U- es mi voluntad, que dicho Vinculo se funde, y que los primeros nombrados, que lo han de gozar, y llevar su fruto, sea mi señora Doña Maria Pares de Codina mi Madre, juntamente con mi hermana Doña Ana Maria Campi, en esta manera: Que la dicha señora Doña Maria Pares mi Madre goze las dos quintas partes por los dias de su vida, de lo que quedàre liquido, y cobrable, y las tres quintas partes las lleve, y goze la dicha Doña Ana Maria Campi mi hermana por los dias de su vida; y por muerte de qualquiera de las dos succeda la otra en la parte, que le tocaba, gozando enteramente por los dias de su vida de todos los frutos de dicho Vinculo; y por falta de ambas succeda en este Vinculo Doña Feliciana Campi mi hermana, con cargo de dar la mitad de sus frutos en cada vn año à Doña Juana, Doña Raphaela, y Doña Josepha Ortiz mis sobrinas, y suyas, hijas legitimas del Capitan Fernando Ortiz, y de Doña Magdalena Campi mi hermana (que Dios tenga en el Cielo) re-*

par-

partido por iguales partes entre las tres hermanas, y si alguna de ellas muriere antes, ô despues de succeder en este Vinculo la dicha Doña Feliciana Campi, es mi voluntad, que la parte, que â la tal mi sobrina muerta pertenecia, la ayan, y lleven sus hermanas, que quedaren vivas, por iguales partes, y si las muertas fueren dos, la que quedàre herede sus partes, y si todas tres mis sobrinas murieren, quede en la dicha Doña Feliciana Campi el dicho Vinculo sin cargo alguno, en quanto â dàr parte â otro, sino fuere en caso, que las dichas mis sobrinas, aviendo tomado estado de matrimonio, dexaren hijos legitimos, è nietos, â los quales es mi voluntad, que se les acuda con la parte, que tenia en este Vinculo su Madre al tiempo, que muriò.

4. *Item, es mi voluntad, que por muerte de mi hermana Doña Feliciana succedan en este Vinculo libremente, y sin cargo alguno las dichas tres hermanas, y mis sobrinas Doña Juana, Doña Raphaela, y Doña Josepha Ortiz por los dias de sus vidas, en esta conformidad: Que la quinta parte, de lo que valiere en cada vn año, lo aya, y goze la dicha Doña Juana, si fuere Monja professa, y aunque no lo sea, como tenga Abito, y habite en clausura, y dos quintas partes goze, y lleve de este Vinculo Doña Raphaela Ortiz, y los otras dos quintas partes lleve Doña Josepha Ortiz su hermana.*

5. *Y es declaracion, que si de las dichas mis sobrinas vltimas, que oy son seglares, tomàre estado de Religiosa alguna de ellas, no goze el tiempo, que lo fuere, mas de vna quinta parte, de lo que valiere el dicho Vinculo en cada año, y lo demàs, que son tres quintas partes, las lleve, y goze la que quedàre seglar; empero si todas tres, por no querer, ô no poder por algun impedimento, no quisieren ser Monjas, y se hallaren seglares â el tiempo de succeder en este Vinculo, le gozen igualmente, dividiendo sus frutos entre si por tercias partes, y lo mismo hagan, si todas fueren Monjas, heredandosè las vnas â las otras, con igualdad la parte de las muertas en las vivas.*

6. *Item, es mi voluntad, que si llegado el caso de succeder en este Vinculo, ô estandolo posseyendo las dichas tres hermanas, dos, ô vna de ellas, quisiere tomar estado de Religiosa, y no se hallàre con caudal suficiente para el dote, permito, y quiero, que dexando por lo menos en el dicho Vinculo 1Ꝟ- reales de renta para cada vna, para su mejor pasar, lo demàs, que le corresponde de principal â las demàs partes de renta, que tuviere en este Vinculo, la que se metiere Monja, lo pueda vender, y traspasar, deshaziendo dicho Vinculo en su parte, como dicho es, para este efecto, aviendo primero, y ante todas cosas professado, y no de otra manera: Y los 1Ꝟ- reales mas, ô menos, que le quedaren de renta en el di-*

dicho Vinculo, para ſu mejor paſſar, por ſu muerte ſe repartan entre las dichas ſus hermanas, con la igualdad, que queda referida; y ſi el eſtado, que tomaren, fuere de matrimonio, en teniendo hijos, ô hijas de èl, les doy facultad, para que le deshagan en el todo haſta en la cantidad, que tocàre â cada vna: Conſta lo referido de los teſtimonios fol. 14. y 74.

7. Aviendo muerto las dichas Doña Maria, Doña Ana, Doña Feliciana, y Doña Raphaela, poſſeyò los bienes de eſte Vinculo D. Joſepha, por cuya muerte, en el año paſſado de 1670. la dicha Doña Juana, Religioſa en el Convento de Sr. San Leandro, pidiò ſe le dieſſe la poſſeſsion de las quatro quintas partes, que avian vacado por muerte de la dicha Doña Joſepha ſu hermana, y con efecto ſe le mandò dar, y diò ſin perjuycio de tercero, como conſta del teſtimonio fol. 29.

8. Muriò la dicha Doña Juana por Enero del año paſſado de 695. como conſta de la Certificacion fol. 11. Y aviendo tenido noticia de ello el Fiſcal del Tribunal de la Sta. Cruzada, hizo denunciacion de los bienes de eſte Vinculo, pretendiendo ſe declaraſſen por moſtrencos, â que ſe opuſo el Convento de Sr. San Leandro, pretendiendo tocarle, y pertenecerle, como â heredero de dicha Religioſa, y â ambas pretenſiones ſe han opueſto los herederos de D. Andres de Silva, quien lo fue de la dicha Doña Joſepha, vltima Poſſeedora de eſte Vinculo; y aunque en el articulo de manutencion, que intentò el Convento, obtuvo ſentencia favorable, y ſe le manutuvo en la poſſeſsion de dichos bienes, ſe ſiguiò deſpues el juycio de propiedad, en que eſtàn concluſos los Autos.

9. Tendidas eſtas circunſtancias, ſe reconoce, que eſte fue vn fideicommiſſo temporal; y no me detengo en llamarle fideicommiſſo, aunque el Teſtador vsò de la palabra *Vinculo*, pues como el Vinculo, y mayorazgo es individuo, ſe opone â ſu naturaleza, el que muchos â vn tiempo lo poſſean; y el modo de poſſeerlo

 los

los llamados debe ser iure successivo, de calidad que, aunque sean llamados por proposicion copulativa, se convierte esta en disiunctiva, (A) y es semejante la successiõ del Mayorazgo â la de el Reyno; (B) pero en el caso presente se verifica lo contrario, pues Doña Maria Pares de Codina, y Doña Ana Campi, fueron expressamente llamadas para posseerlo simul, y percevir â vn tiempo sus frutos, y en la misma conformidad fue el llamamiento de las tres Sobrinas.

10. Que fuesse temporal, no admite duda, si atendemos à lo limitado de los llamamientos, pues aunque el Vinculo, y mayorazgo por su naturaleza debe ser perpetuo, y quando el Fundador expressa, que funda mayorazgo, ô vsa de otras clausulas, q̃ inducen perpetuidad, los no comprehendidos en el llamamiento expresso, se comprehenden, â lo menos, virtualmente ex verisimili Testatoris voluntate, no tiene lugar esta regla, quando no ay semejantes clausulas, ô ay alguna restrictiva, y que excluya la perpetuidad, (C) como con efecto la ay en este fideicommisso, pues previno Don Francisco Campi de Codina, que se fundasse vn Vinculo temporal, cuya voluntad es la ley, que se debe observar, y deroga lo que es peculiar, y propio de la naturaleza del mayorazgo, (D) por cuyo motivo no se puede llamar propiamente Vinculo. (E)

11. De que se infiere deberse excluir en el todo la pretension de Don Diego de San Roman, y Codina, quien suponiendo, que era pariente de el Fundador, saliò à los Autos, pidiendo se declarasse tocarle los bienes de este Vinculo,

(A)
Roxas *de incomp. 1. p. cap. 11. num. 22.* D. Molina *de primog. lib. 1. cap. 1. n. 7. & 22. & cap. 6. num. 5.*

(B)
D. Molina *lib. 1. cap. 3. num. 6. Cum l. 2. tit. 15. part. 2.*

(C)
D. Molina *lib. 1. cap. 1. n. 7. & 16. & cap. 3. num. 14. & cap. 4.* D. Covarruvias *var. lib. 3. cap. 5. â num. 4.* D. Gregorius Lopez *l. 2. tit. 15. part. 2.* verbo *Maioria*, & verbo *El mas propinco pariente.* Antonio Gomez *l. 40. Taur. n. 59.* D. Vela *differt. 38. n. 94.* & P. Molina *disp. 588.*

(D)
D. Molina *lib. 1. cap. 2. num. 27.* con la *authen. de nuptiis, §. Disponat collat. 4.*

(E)
D. Vela *differt. 49. n. 24.* ibi: *Vnde si temporaliter tantùm maioratus instituatur, ita vt vltra certas personas non extendatur, non erit proprius maioratus, sed improprius, instar fœudi, propriam fœudi naturam non habentis.*

lo, pues, para que fuesse legitima su pretension, era preciso, que este fideicommisso fuesse perpetuo, y sus clausulas tan generales, que virtualmente comprehendiessen à todos los parientes; y bien reconociò lo injusto de su pretension el dicho Don Diego, pues suspendiò el curso de su defensa, sin que aya presentado pedimento alguno en el juycio de propriedad, sin embargo de diferentes traslados q̃ se le han dado, por cuyo motivo se le ha acusado la reveldia, y ya no se considera parte en estos Autos.

12. Litigan vnicamente el Fiscal de el Tribunal de la Santa Cruzada, el Convento de Religiosas de San Leandro de esta Ciudad, y los herederos de Don Andres de Silva; todos estàn conformes, en que el fideicommisso fue temporal, y que se extinguiò en el vltimo Posseedor, consistiendo la dificultad en averiguar, quien lo fue, si Doña Josepha, que muriò antes que Doña Juana, ò esta, que fue la vltima, que muriò? El empeño de este Informe se reduce â fundar aver sido la vltima, y legitima posseedora la dicha Doña Josepha, y que pertenecen los bienes de este fideicommisso â los herederos de Don Andres de Silva, sin que por titulo alguno pueda tener lugar la pretension del Fiscal, y la de el Convento.

CAPITVLO I.

Doña Josepha Campi de Codina fue legitima, y vltima posseedora de los bienes de este fideicommisso.

13. QVe Doña Josepha fuesse legitima Posseedora de las dos quintas partes, que le asignò el Fun-

Fundador, no tiene la menor duda; pero que tambien lo fuesse de las otras dos quintas partes de su hermana Doña Raphaela, parece que se opone â la misma fundacion; pero no obstante no se opone, si atendemos, â que Doña Raphaela muriò en 5. de Junio de 1649. y en 16 de dicho mes, y año muriò Doña Maria Pares de Codina, como consta fol. 296. B. por cuyo motivo, antes que llegasse el caso de la substitucion de las tres Sobrinas, muriò la dicha Doña Raphaela, por aver supervivido vna de las llamadas en primer lugar, y aviendo caducado, y no tenido efecto el fideicommisso en la dicha Doña Raphaela, acrescieron sus dos quintas partes â Doña Josepha, por ser disposicion de Derecho, que la parte, que caduca en alguno de los herederos fideicommissarios, ô legatarios, acresce â los otros, (F) especialmente quando tienen alguna vnion, ô verbal en virtud de la clausula, ô real por la herencia, y parte de haziẽda, que se les manda, ô mixta, que participa de ambas.

14. Admirable defensa fuera esta â favor de los herederos de Don Andres de Silva, si al mismo tiempo no fundàra la pretension de el Convento, pues esta disposicion de Derecho no menos parece que persuade, que las dos quintas partes de Doña Raphaela acrescieron â Doña Juana, que el que acrescieffen â Doña Josepha: Y es la razon clara, porque si Doña Josepha se comprehendiò en el llamamiento, de el mismo modo fue comprehendida Doña Juana, y si aquella vivia, quando llegò el caso de la substitucion, lo mismo se verificò en la otra; pues

(F) *L. si ex pluribus. ff. De suis, & legit. hered.* ibi: *Si ex pluribus legitimis heredibus, quidam omiserint adire hereditatem, vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerint, quominus adeãt, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio. L. 1. §. Si nemo. ff. Ad Tertyl. l. Heredes sine partibus. l. Si ita quis heredes. ff. de hered. instituen. l. Hac scriptura. §. 1. ff. de condit. & demonst. l. Vnica. §. His ita, & sequenti. C. de caduc. tollend. l. Re coniuncti. ff. de legat. 3. l. Mevio. ff. de legat. 2. l. 33. tit. 9. part. 6.* Fachineo *controv. lib. 4. cap. 94. & seq.* Graciano *discept. cap. 178.* D. Larrea *decis. 36. num. 21. & 28.* Menochio *de præsump. lib. 4. præsump. 159.* Gomez *Var. tom. 1. cap. 10. à num. 22.* Fulario *de substit. quæst. 495. & 654.* P. Molina *de Iust. & Iur. disp. 199.*

pues por què potiùs (replicarà el Convento) avian de acrescer las dos quintas partes â Doña Josepha, y no â Doña Juana, si estaban iguales en el llamamiento, y coexistian â el tiempo de la substitucion?

15. Esta replica podia causar alguna armonia, sino huviera sido voluntad de el Fundador, que la que fuesse Religiosa solo gozasse vna quinta parte, como lo previene la clausula, que referimos num. 4. y se esfuerza con la declaracion, que haze immediatamente n. 5. de que si alguna de las dos, que entonces eran seglares, tomasse estado de Religiosa, no gozasse mas que vna quinta parte, quedando las otras tres quintas partes para la seglar: No le asignò â cada vna de las dos seglares, dos quintas partes? Es cierto, pues como dize, que si alguna fuere Religiosa, solo goze vna quinta parte, y aumenta â la otra seglar la otra quinta parte? No ay otra solucion, sino que el Fundador excluyò â la Religiosa, de que gozasse mas que vna quinta parte, y esta fue su mente, como lo acreditan las clausulas, q̃ son el norte, para reconocer la voluntad de el Testador, cuya disposicion se debe observar en el todo, (G) y con especialidad, atendiendo â que aviendo asignado, con tanto excesso, mas parte en el fideicommisso â las seglares, fueron estas predilectas: (H) Conque no ay inconveniente, en que acresciessen â Doña Josepha las dos quintas partes de Doña Raphaela, sin embargo de comprehenderse en el mismo llamamiento Doña Juana; ni el Convento ha alegado cosa alguna en este particular, antes si consta de los Au-

(G)

L. ex facto. 35. §. Rerum autem. vers. Et facit quidem totum. ff. de hæred. instit. l. Si mihi, & tibi. 12. §. In legatis in fine, ibi: *Voluntas ergo facit, quòd in testamento scriptum valeat. l. Licèt Imperator. l. Ab omnibus. ff. de legat. 1. l. Cùm quæstio. C. de legat.* ibi: *In omnibus etenim Testatoris voluntatem, quæ legitima est, dominari censemus.* D. Molina *de primog. lib. 1. cap. 4. num. 19.* Peregrino *de fideicom. art.* 11. D. Vela *dissert. 47. num. 43. & cum aliis* D. Castillo *controv. lib. 4. cap. 5. num. 3. & cap. 8. â n. 1.*

(H)

Authent. Hoc amplius. C. de fideicom. ibi: *Vel legatario maioris emolumenti.* Menochio *de præsump. lib. 4. præsump. 16. num. 4.* ibi: *Secunda coniectura, & signum affectionis maioris sumitur ex maiori vtilitate, & commodo, quam testator vni plus, quàm alteri affert, & si Testator vni hæredum plus prælegavit, quàm alteri, illum plùs diligere significavit.*

tos, que Doña Josepha posseyò las quatro quintas partes, sin que lo contradixesse Doña Juana, y aviendo esta pedido la possession, expressò en su pedimento, como diximos num. 7. que avian vacado las quatro quintas partes por muerte de Doña Josepha, sin poner duda, en que avia sido legitima posseedora de ellas.

16. Lo que prueba esto, instarà el Convento, es que Doña Josepha fue legitima posseedora de las quatro quintas partes; pero no q̃ fuesse la vltima posseedora, pues despues de su muerte, succediò Doña Juana, quien por ser Religiosa, no estaba excluida de la succession, antes si, huvo llamamiento expresso en la clausula, que referimos num. 5. en que previene el Fundador, que si todas tres fuessen Religiosas, ô seglares, gozassen el Vinculo por iguales partes, succediendose las vnas â las otras: Y no se puede dudar, que Doña Juana fue la vltima posseedora, pues por muerte de Doña Josepha se le diò la possession, y posseyò los bienes de este fideicommisso, hasta que muriò.

17. Si todas tres Sobrinas huviessen sido Religiosas, ô seglares, que es de lo que habla la referida clausula de el num. 5. no me detuviera en concederle â el Convento, q̃ Doña Juana avia succedido en los bienes de este fideicommisso por muerte de Doña Josepha; pero como no se verificò esta condicion, y solo la dicha Doña Juana fue Religiosa, que es en el caso, en que procede la clausula de el num. 4. no ay fundamento para afirmar, que la dicha Doña Juana succediesse en las quatro quintas partes, que vacaron por muerte de Doña Josepha,

pues

pues en dicha clausula no ay palabra alguna de mutua, y reciproca succession de vnas â otras, ni lo ha probado, ni puede probar el Convento, â quien toca probar la substitucion, que alega. (I)

18. Y haziendo cotejo de vna, y otra clausula, se reconoce, que aunque no estaba absolutamente excluida Doña Juana, por ser Religiosa, lo estaba no obstante en el caso, de que ella solo lo fuesse, y las demàs seglares, sin q̃ pueda aver duda, en que el Testador la pudo excluir, no solo en este, ô otro caso determinado, sino absolutamente, por no ser esta mejora de tercio, que es quando los Padres no pueden excluir â los Religiosos, ô Religiosas, y se deben arreglar â lo dispuesto por la ley 27. de Toro, (J) sino vn fideicommisso, â cuyos bienes ningun derecho tenian las Sobrinas, y pudo libremente el Fundador llamarlas, ô excluirlas: Ni adelanta cosa alguna el Convento con la possesion, que se le diò â Doña Juana por muerte de Doña Josepha, lo vno, porque aviendo sido sin perjuycio de tercero, fue condicional, y no tiene efecto, quando consta, que otro tiene mejor Derecho, (K) y lo otro, porque no teniendo Derecho Doña Juana para succeder en el fideicommisso, no fue rigorosa possesion, la que se le diò, sino vna mera detẽtacion. (L)

19. Y què diremos de la quinta parte, q̃ asignò el Fundador â Doña Juana? Del mismo modo se le niega el dominio absoluto de los bienes correspondientes â esta quinta parte, que â las demàs, por aver dispuesto el Fundador, que la gozasse solo por los dias de su vida, y que esta fuesse su mente, independiente

de

(I) D. Molina *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. ibi: *Persona enim, quæ substitutionem allegat, illam probare debet, aliàs semper ei dici potest, substitutio non loquitur de te.*

(J) D. Molina *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 54. *&* 55. Roxas *de incompat. part.* 6. *cap.* 4. *â num.* 96. *& part.* 7. *cap.* 5. *â n.* 71. D. Olea *de cess. tit.* 3. *quæst.* 4. *num.* 28. Covarruvias *Var. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 11. Gutierrez *Canonic. lib.* 1. *cap.* 32. *n.* 30. P. Molina *de Iust. & Iur. disp.* 623. *n.* 3. & D. Castillo *controv. lib.* 5. *cap.* 99. *&* 100.

(K) Graciano *discep. cap.* 980. *num.* 7. Marescot. *Var. lib.* 2. *cap.* 138. & cum aliis Barbosa *de clausulis claus.* 157. *n.* 9.

(L) Parladorio *Rer. quotid. lib.* 1. *cap.* 9. *â num.* 10. Gomez *in l.* 45. *Taur. num.* 8. Vers. *Sextus casus*, ibi: *Sextus casus, in quo sola detentatio transit in accipientem erit hodie in terminis huius l. 45. qua cavetur, quòd in successore maioratus transit possessio, mortuo possessore, quia si alius tertius apprehendat, vel ingrediatur rem, vel ab alio tradatur cum titulo, vel sine titulo, non adquirit possessionem; sed nudam detentationem.*

de expressarlo en las clausulas referidas num. 4. y 5. se reconoce tambien de la de el num. 6. en que el Fundador permite, â la que no tuviesse dote, para ser Religiosa, que pudiesse vender el principal correspondiente â la parte, que le tocasse en este Vinculo, dexando 1ꝟ. rls. de renta para su manutencion, los quales previene, que por su muerte se repartan entre las demàs sus hermanas; de que se infiere, q̃ en la renta, que el Fundador asignò para la Religiosa, no tuvo otro animo, sino el que mientras viviesse tuviesse lo preciso para sus Religiosas necessidades; pero no le diò dominio absoluto en la parte, que le señalò, sino limitado por los dias de su vida. (M)

(M) *l. vlt. ff. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consumuntur. l. species. ff. de auro, & argen. legat. l. Titia cum testamento. §. Titia cùm nuberet. ff. de legat. 2.* vbi glos. verbo *Voluntatem*, ibi: *Qui enim reliquit, donec viveret, videtur nolle, vt post mortem haberet.* Menochio *de præsump. lib. 4. præsump. 133. n. 12.* Fontanela *de pact. nupt. claus. 4. glos. 9. part. 4. num. 114.* & cum aliis D. Vela *differt. 47. â n. 44.*

20. Pero omitamos, que en virtud de los llamamientos, tenia Derecho la dicha Doña Juana para succeder en este fideicommisso, no obstante no succediò, ni pudo succeder por la renuncia, que al tiempo de su professsion hizo â favor de Doña Ana Maria Campi de Codina su Tia, con tal generalidad, q̃ como consta de la clausula de la escritura fol. 73. no solo renunciò sus legitimas Paterna, y Materna, sino las demàs herécias transversales, legados, donaciones, restituciones, Derechos, y acciones, de qualquier genero, especie, calidad, y cantidad, que fuessen, en que avia succedido, succediesse, ô pudiesse succeder, antes, y despues de su muerte, sin excepcion de cosa alguna, reservando el Derecho, y accion, que tenia â el Vinculo para vsar de su renta por los dias de su vida, como se expressa en la clausula del fol. 78. buelta.

21. Aviendo sido tan general esta

renuncia, abdicò Doña Juana el Derecho, que pudiera tener â este fideicommisso, (N) y aunque algunos Autores dizen, que en la renuncia, que haze el Religioso, ô Religiosa en el bimestre antes de su profession, no se comprehenden los Vinculos, y Mayorazgos, en q̃ puede succeder, (O) esto se entiende, quando en la renuncia no se haze mencion de el Vinculo, y con especialidad si se presume ignorancia, q̃ es el sentido, en q̃ hablan los Autores; pero en la renuncia de la dicha Doña Juana se tuvo presente este fideicommisso, con lo qual no es cõpatible ignorancia; es cierto, q̃ reservò el Derecho, q̃ pudiera tener â èl; pero este como hemos fundado, solo era para percevir el vsufructo de la quinta parte, y aunque se considerasse con Derecho de legitima successora, haziendo la reserva vnicamente para gozar de la renta por los dias de su vida, renunciò el Derecho de la propiedad, con que por ningun titulo fue legitima, y vltima posseedora de este fideicommisso.

CAPITVLO II.

Los bienes de este fideicommisso tocan, y pertenecen â los herederos de D. Andres de Silva.

22. ESta conclusion se deduce de los dos medios, conque en el capitulo antecedente fundamos, que Doña Josepha Campi de Codina fue vltima posseedora de este fideicommisso, assi por los llamamientos, como por la renuncia de Doña Juana, pues en el supuesto de que Doña Josepha fue la vltima posseedora, en virtud de los llamamientos, quedaron libres los bienes en su persona, y con dominio para

D dis-

(N) Menochio *consil.* 87. *n.* 27. Fontanela *de pact. nupt. claus.* 4. *glos.* 28. *n.* 40. *& claus.* 9. *glos. vnic. part.* 1. *num.* 80. Farinacio *decis.* 598. vbi n. 1. ait: *Fuit in hac causa resolutum sub die 2. Maii præteriti, renuntiationem factam à Portia, non expirasse, & obstare Monasterio, quatenus comprehendat fideicommissum; vndè hodiè super dicta comprehensione dubium proposui, & Domini ad illud affirmativè responderunt; nam dicta Portia non solùm renuntiavit in specie omnibus, & quibuscumque bonis, tam Paternis, quàm Maternis, sibi quomodolibet obveniendis, & cuicumque successioni hæreditatis, tam Paternæ, quàm Maternæ, fraternæ ve, sed etiam in genere aliis successionibus, & iuribus, tam ex testamento, quàm ab intestato, vel donatione, & alias quomodolibet devolvendis, & sibi obveniendis; quæ verba secundùm suam propriam significationem in sui vniversalitate sunt apta comprehendere quodcumque fideicommissum.*

(O) Rodriguez de Regular. *quæst.* 79. *art.* 14. Molina *de Iust. & Iur. disp.* 579. *n.* 22. Surdo *tom.* 2. *consil.* 237. *à n.* 18. Fusario *de Substit. quæst.* 594. & Roxas *de incompat. part.* 7. *cap.* 5. *num.* 66.

diſponer de ellos como quiſieſſe, (P) por cuyo motivo recayeron en D. Andres de Silva, que fue ſu heredero, como conſta del poder fol. 235. buelta, que le diò para teſtar la dicha Doña Joſepha, nombrandole por ſu heredero, y por muerte de el dicho Don Andres, tocan, y pertenecen à ſus hijos, y herederos.

23. Sin que obſte el que no conſta, que dicho Don Andres otorgaſſe el teſtamento en virtud de dicho poder, pues baſta el nombramiento de heredero, q̃ hizo la dicha Doña Joſepha, (Q) y menos puede ſervir de obice el que no conſta, que dicho Don Andres aceptaſſe la herencia, pues tampoco conſta, que la repudiaſſe, y à lo menos en eſte caſo ſe tranſmitiò à ſus hijos, y herederos el Derecho de la aceptacion; (R) de el qual han vſado con la pretenſion deducida en eſtos Autos. (S)

24. Si recurrimos à la renuncia, q̃ no fue ſolo extinctiva, ſino translativa, no puede aver la menor duda, en que en virtud de ella perteneciò à Doña Ana Maria Campi de Codina, renunciataria, qualquier Derecho, que pudieſſe tener â eſte fideicommiſſo Doña Juana Campi de Codina, (T) y tambien por eſte titulo fundan la pertenencia de eſtos bienes los herederos de Don Andres de Silva, pues la dicha Doña Ana inſtituyò por ſu heredero à Juan Baptiſta de Viera, como conſta de el teſtimonio fol. 352. y el ſuſodicho otorgò ſu teſtamento, como ſe juſtifica de el fol. 354. inſtituyendo por ſu heredero à Joſeph Geronymo ſu hijo, quien haziendoſe cargo de que ſu Padre, como heredero de la dicha Doña Ana avia hecho

(P)

L. Qui ſolidum. §. Prædium. l. Cùm Pater. §. Libertis. ff. de leg. 2. l. Pater filium. §. Fundum. ff. de leg. 3. D. Molina *lib. 1. cap. 4. num. 1. & 23. cap. 8. n. 24. cap. 17. num. 29. & cap. 26. num. 16. verſic. Ex his.* D. Salgado *in Labyrinht. 2. part. cap. 18. â n. 49.* D. Vela *diſſert. 47. à n. 43.* Roxas *de incompat. part. 7. cap. 1. num. 28.* P. Molina *diſp. 588. n. 1.* D. Caſtillo *Controv. lib. 4. cap. 9. n. 10.*

(Q)

L. 33. Taur. ibi: *Pero lo que el Teſtador le mandò ſeñalada, y determinadamente, ſeñalando la perſona del heredero, ô ſeñalando cierta coſa, que avia de hazer el tal Commiſſario, mandamos, que en tal caſo el Commiſſario ſea obligado à lo hazer, y ſi paſſado el dicho termino, no lo hiziere, que ſea avido, como ſi el tal Commiſſario lo hizieſſe, ô declaraſſe:* Gomez, & Tello Fernandez, *in præd. leg. Conſonat. l. 7. tit. 4. lib. 5. Recop. vbi* Azevedo, & Matienzo.

(R)

L. In ſuis. ff. de liber. & poſthu. l. 1. §. Qui ſunt in poteſtate. ff. Si quis omiſ. cauſ. teſtam. Gomez *Var. tom. 1. cap. 9.* & P. Molina *diſp. 180.*

(S)

L. 11. tit. 6. part. 6. Gomez *in l. 45. Taur. n. 154.* ibi: *Nam eo ipſo, quòd intendat petitionem hæreditatis, & petit bona de-* [illegible]

cho

cho cesion â favor de D. Josepha Ortìz Campi de Codina de 14ӈ192.rls. de vellon, por diferentes pretensiones, q̃ la susodicha tenia contra los bienes de la dicha Doña Ana, hizo tãbien cesion â favor de los herederos de Don Andres de Silva, de el Derecho, y accion, que tenia â los bienes de este fideicommisso, como heredero de su Padre, que lo fue de la dicha Doña Ana, renunciataria, como asi cõsta de la escritura fol. 359.

25. Pero nos resta, que disolver vna replica, que se ofrece contra este segundo medio de la renuncia, y se reduce, â que aun en el supuesto de que la renuncia se extẽdiesse â la succesion en el fideicommisso, y que Doña Juana tuviesse Derecho para succeder en èl, no podia transferirse este Derecho en Doña Ana Maria Campi, respecto de que la renuncia se hizo por Abril del año passado de 1649. y entonces no avia llegado el caso de la substitucion, ni de que pudiesse succeder en el fideicommisso la dicha Doña Juana, pues vivian Doña Maria Pares de Codina, llamada en primer lugar, Doña Raphaela, y Doña Josepha, comprehendidas en el mismo llamamiento de Doña Juana; de que se infiere, que, quando la dicha Doña Juana hizo la renuncia, tenia ad summum vna esperanza de poder succeder en el fideicommisso, y vn Derecho futuro, con contingencia de no succeder en èl, pues era posible, que muriesse antes que las llamadas en primer lugar, y entonces caducaba el fideicommisso, como diximos de Doña Raphaela: pues si esto es cierto, ê indubitable, y el Derecho futuro no se puede ceder, ni renunciar

functi, videtur adire: Et *Var. tom. 1. cap. 9. n. 25. versic. Vnum tamen est.* ibi: *Quòd ista communis opinio videtur intelligenda, quando filius Conventus â creditoribus non comparet in iudicio, vel negat se haredem: Secùs tamen est, si subeat iudicium, & offerat se liti, respondendo, & litigando cum eis, quia per hoc videtur se immiscere, & harere pro harede*: D. Salgado *in Labyrint. 1. part. cap. 9. â num. 12. 2. part. cap. 15. â n. 10. cap. 18. â n. 13. & 21. cap. 14. â n. 33.*

(T)

L. Cùm oporter. §. penult. Vers. Sed nisi. C. de bonis, qua liber. l. 4. C. de Repud. haredit. D. Olea *de ces. tit. 1. quæst. 2. n. 15.*

ciar, por no tener existencia alguna de presente, ni poderse connumerar en el caudal del que lo tiene, (V) como es dable, que la dicha Doña Juana transfiriesse â la referida Doña Ana el Derecho, que tenia â el fideicommisso?

26. La solucion de este argumento pende de la explicacion del Derecho futuro, dividese este en tres especies, que son futuro, que proviene de causa de presente: futuro, cuya causa es tambien futura: y futuro, para cuyo vso no falta otra cosa sino la aceptacion de nuestra voluntad: (X) Confiesso, que si Doña Juana fuera successora de este fideicommisso, (que es la hypotesi en que hablamos) no tuviera al tiempo de la renuncia el Derecho de la tercera especie, pues, aunque entonces quisiesse, no podia posseer los bienes de este fideicommisso; pero aunque su Derecho fuera futuro, la causa existia de presente, por averse ya fundado el fideicommisso, en virtud de cuyas clausulas, y llamamientos avia de pretender la possession de sus bienes, y esta especie de Derecho es renunciable, y lo pudo ceder, (Y) y aunque omitamos, que la causa fuesse tambien futura, sin embargo podia ceder, y renunciar este Derecho, pues, aunque este fuesse futuro, la esperanza de suceder existia de presente, (Z) respecto de lo qual, y que la renuncia de la dicha Doña Juana no se limitò â los derechos, en que avia succedido, sino se extendiò â los en que succediesse, y pudiesse succeder, se comprehendiò en esta renuncia el Derecho futuro, que por causa de presente podia tener â este fideicommisso, (A) y se transfiriò en Do-

(V)
1. *Substitutio. ff. de adquir. rer. domi.* ibi: *Substitutio, quæ nondum cõpetit, extra bona nostra est.* Gutierrez *de iuram. confirm. 1. p. cap. 25.* Surdo *cons. 398. â n. 23.*

(X)
Paulus Galeratus *de renunti. tom. 1. lib. 4. cap. 3. â num. 38.* Philippus *de fideicom. Famil. illust. cap. 28. â n. 382.* Iulius Caponius *de pact. & stipulat. quæst. 5. â n. 1.* Quos refert, & sequitur D. Olea *de ces. tit. 3. quæst. 10. â num. 2.*

(Y)
D. Olea *vbi suprà n. 7.*

(Z)
Surdo *de alim. tit. 9. q. 22. num. 7.* Guzman *de eviction. q. 34. n. 25. & q. 35. n. 92.* & cum aliis D. Olea vbi suprà *n. 13.* ibi: *Tamen verius est, iura futura, quæ in potentia, & spe consistunt, cessibilia esse, quod vnica, & concludenti ratione verum esse ostendam; quia in iure de futuro duo insunt, nempe ius ipsum futurum, & spes eius; & licèt ius futurum in rerum natura non esse dicatur, tamen spes, quæ distincta est ab illo iure, præsens, & certa est, quo sensu spes in bonis esse dicitur.*

(A)
D. Olea vbi suprà â *num. 21.*

Doña Ana Maria Campi, por cuyo motivo tienen fundada su pretension los herederos de Don Andres de Silva, por qualquier titulo, que se considère excluida de este fideicommisso la dicha Doña Juana.

CAPITVLO III.

La mitad del juro de almojarifasgo, y los 485ɋ349. mrs. que Doña Ana Maria Campi impuso demàs en el tributo, que paga el monte fideicommisso, no se comprehendieron en el fideicommisso, y pertenecen â los herederos de Don Andres de Silva.

27. AViédose formado la quẽta del caudal, que tocaba al vinculo por el Contador Francisco Rozel, se le adjudicò entre otras partidas la de 308ɋ- mrs. en que fue apreciado vn juro sobre el almojarifasgo mayor de esta Ciudad de 28ɋ. mrs. de renta cada año, por privilegio despachado en nombre, y cabeza de Doña Maria, y Doña Raphaela Pares, y Codina, con la expresion de que dicho juro perteneciò â Doña Ana Maria Campi por mitad en la particion, que se hizo de los bienes de la dicha Doña Maria su Madre, y que de la otra mitad se avia de obligar â dar â favor del vinculo instrumentos de su pertenencia.

28. Adjudicaronse tambien 3q. 735ɋ151. mrs. que estaban en poder de la dicha Doña Ana, para que los impusiesse â favor del vinculo, y aunque la obligacion de la susodicha solo era,

imponer esta cantidad, impuso no obstante 4q. 214⋕500. mrs. por cuyo motivo, assi por parte de la susodicha, como por Doña Josepha Campi de Codina, se pretendiò, que se declarassen por bienes libres, y no sujetos al vinculo los 489⋕349. mrs. que impuso demàs la dicha Doña Ana, y con efecto se declararon por libres, y pertenecientes à la dicha Doña Josepha en virtud de cessión, que le avia hecho Juan Baptista de Viera heredero de la dicha Doña Ana, para que los tuviesse en el tributo impuesto en el monte fideicommisso, como todo assi consta de los instrumentos fol. 12. 148. y 213.

29. Estas dos partidas nunca estuvieron afectas à el vinculo, y se deben considerar como libres desde su principio, pues los bienes se presumen libres, y no vinculados, como no se pruebe lo contrario, ò por la fundacion, ò por possession immemorial, q̃ aya de averse tenido por vinculados,(B) y lo cierto es, que ninguno destos dos requisitos concurren en el caso presente, pues en la fundacion no se assignò finca alguna para el vinculo, sino se dispuso, que se fundasse hasta en cantidad de 20⋕- ducados, y aunque en la quenta, que se formò, se adjudicaron estas dos partidas â el vinculo, en lo que toca à la del tributo del monte fideicommisso, excediò la dicha Doña Ana en imponer demàs los referidos 48 9⋕349. mrs. y por esto motivo se declararon por libres en los Autos, de q̃ se ha hecho mencion, â cuya sentencia, y determinacion, que sobre ello huvo, no se pueden oponer los successores en el fideicommisso, (C) y en

(B) Mieres *de maior.* 4. *part. q.* 20. *à n.* 12. D. Molina *lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 11. & 17. *l.* 41. *Taur.* cui consonat. *l.* 1. *tit.*7.*lib.* 5. *Recop.* vbi Gomez, Matienzo, & Azevedo.

(C) D. Molina *lib.* 4. *cap.* 8. *num.* 3. Fusario *de substit. quæst.* 622. P. Molina *disp.* 647. *à n.* 2. Gomez *in l.* 40. *Taur. num.* 73.

en quanto al jurò fue con la calidad de que avia de traer recados de la pertenencia de la otra mitad, y por no averlo hecho no pudo tener efecto la adjudicacion por entero de dicho juro: Tápoco ay possession immemorial de averse posseido como vinculadas estas dos partidas, pues no puede aver semejante possession, constando de principio,(D) y si atendemos â el de este fideicommisso, la misma escritura de fundacion, y quenta, que se formò, se oponen â la vinculacion destas dos partidas.

30. Nada hemos hecho en fundar la libertad de estos bienes, sino probamos la pertenencia â los herederos de Don Andres de Silva; y desde luego me hago cargo, que replicarà el Convento, como le pudo tocar la mitad del juro â D. Josepha Ortiz de Codina, si estaba â cabeza de Doña Raphaela, y no ay titulo alguno, por donde recayesse en la dicha Doña Josepha? Corroborarà esta instancia con el testamento otorgado en 23. de mayo del año passado de 1649. por Doña Maria Pares de Codina, en que instituyò por sus herederas â Doña Ana, y Doña Feliciana Campi de Codina sus hijas, y â Doña Josepha, Doña Raphaela, y Doña Juana sus nietas, como consta fol. 295. de que puede inferir, que todos estos herederos tenian parte en el juro, como propio, que era, de la dicha Doña Maria, y que por consiguiente no pudo tocar la mitad â la dicha Doña Josepha.

31. Para la solucion de este argumento debemos considerar, que la dicha Doña Feliciana otorgò su testamento en 26 de Mayo de 1649. instituyendo

(D)
P.Molina *de Inst. & Iur. tract. 2. Disp. 75.* D. Molina *de primog. lib. 2. cap. 6. â n. 45.* vbi Addentes, & D. Covarruvias *in Reg. possessor. part. 2. §. 3. versic. Hinc in fine,* ibi: *Quo fit, vt si adversùs probationem huius immemorialis præscriptionis probetur certum quasi possessionis initium, idque vitiosum, etiam vltra centum annos à die motæ litis, exclusa sit præscriptionis immemorialis vis.*

do por su vnica, y vniversal heredera â la dicha Doña Maria su Madre, como se justifica fol. 368. buelta, y muriò en 30. de dicho mes, y año: En 5. de Junio de dicho año muriò Doña Raphaela, y en 16. del dicho mes, y año muriò la dicha Doña Maria, como consta fol. 296. buelta, de que se reconoce, que la parte, que les podia tocar à las dichas Doña Feliciana, y Doña Raphaela, no llegò el caso, que las heredassen, por aver muerto antes, que la dicha Doña Maria: (E) Tampoco heredò la dicha Doña Juana por la renuncia, que tenia hecha de todas sus legitimas a favor de la dicha Doña Ana, conque vnicamente concurrieron las dichas Doña Ana, y Doña Josepha â la particion de los bienes de la dicha Doña Maria, y tocò por mitad à cada vna el referido Juro; y prueba de esto es tambien, el que, como consta del testimonio fol. 297. buelta, en 16. de Mayo del año de 1652. otorgò poder la dicha Doña Josepha à la dicha Doñ Ana, para que en su nombre cobrasse la parte, q̃ le tocaba en dicho Juro, respecto de lo qual perteneciò â Don Andres de Silva la mitad, que era de la dicha Doña Josepha, y por muerte del susodicho recayò en sus hijos, y herederos, â quienes tambien pertenece la cantidad, que se impuso demàs en el tributo del monte fideicommisso por la cession, que hizo Juan Baptista de Viera, heredero de la dicha Doña Ana â favor de Doña Josepha, que fue la causa, que se tuvo presente para declararse pertenecer â la susodicha en los Autos, que sobre ello se siguieron, como diximos num. 28.

(E) *L. Vnica. C. de Caduc. tollend.* Gomez *Var. tom. 1. cap. 10. num. 29. versic. Secundo modo.* D. Vela *Dissert. 11. à num. 89.*

Pa-

Patet ergo ex hucuſque dictis, quan ſin fundamento ha ſido la pretenſion del Fiſcal, pues para que los bienes ſe tengan por monſtrencos es preciſo, que no tengan dueño, y entonces pertenecen â la Cruzada, como ſuccede en los abinteſtatos, en que no ay heredero, y otros caſos ſemejantes; (F) pero los de eſte fideicommiſſo pertenecen â los herederos de Don Andres de Silva, ſin embargo de la pretenſion de el Convento de San Leandro, quien los ha poſſeido con mala fee, por no tener titulo para ello, (G) y por eſte motivo ſe le debe condenar tambien â la reſtitucion de frutos, (H) como lo eſperan los herederos de Don Andres de Silva. Sevilla, y Abril 28. de 1722.

Lic. D. Fernando Auguſtin Barraſſa.

(F) D. Solorzano *in polit. ind. lib. 4. cap. 25. verſ. De donde. & lib. 6. cap. 6.* Gutierrez *Canonic. lib. 2. cap. 9. á n. 16.* Lara *de las tres gracias pag. 278.*

(G) *L. Quemadmodum verſ. Malæ fid-i. C. de agrico. & cenſit. cap. Qui contra iura. de Reg. Iur. in 6.* Boerio *deciſ. 1. n. 54.* Menochio *de recup. poſſeſ. rem. 15. num. 179. Et de præſump. lib. 3. præſump. 130. n. 33.* Et cum aliis D. Molina *de primog. lib. 2. cap. 6. num. 66.*

(H) *L. Fructus. l. Si navis. §. Generaliter. ff. de rei vindicat. l. 39. tit. 28. part. 3.* Et omnes communiter.